

PRAMENY ISLÁMSKÉHO PRÁVA

LENKA BEZOUŠKOVÁ

Fakulta právnická, Západočeská univerzita v Plzni

Abstrakt

Článek pojednává o pramenech islámského práva a to jak o jeho primárních, tak i sekundárních pramenech. V rámci primárních pramenů se zabývá jak Koránem a *sunnou*, tak i *qijásem* a *‘idžmá*. Ze sekundárních pramenů je věnována pozornost jen *al-istihsánu*, *al-istisláhu*, *maslaha* a *al - ‘urfu*. Předmětem zkoumání je jejich pojetí, závaznost a podmínky aplikace. Zároveň je poukázáno na často odlišné názory představitelů právních škol na tyto prameny práva a podmínky jejich aplikace.

Klíčová slova

pramen, právo, islám, šari‘a, Korán, sunna, qijás, ‘idžmá, al-istihsán, al-istisláh, maslaha, al - ‘urf

Abstract

The study deals with the sources of the Islamic law. The primary sources of the law are the Qur‘án, the *Sunna*, *Qijás* and *‘ijmá* and secondary sources of the law are *istihsán*, *istisláh – maslaha* and *‘urf*. The above sources of islamic law are not unproblematic. There are a polemics over the common validity some of them and over the conditions of valid which must be fulfilled. The paper deals also with these polemics and show the gaps of scholars and four sunna schools of law.

Key words

source, law, Islam, Shari‘a, Qur‘án, Sunna, Qijás, ‘ijmá, istihsán, istisláh, maslaha, ‘urf

1. Islámské právo a právní školy

Islámské právo – šari‘a (doslova cesta k prameni vody, či ke studni), představuje dle doktríny „souhrn božského řádu přikázaného lidstvu, neměnný morální Zákon“¹ považovaný za jádro islámu.² V přeneseném, náboženském smyslu „implikuje bezpečnou cestu k jinému a život zajišťujícímu cíli.“³ Kráčení po přímé cestě, stezce (dodržování pravidel islámu) zaručuje muslimovi spasení. Později se pojem šari‘a stává označením pro soubor právních norem. Šari‘a je právem, které upravuje oblasti života muslima opravdu velmi podrobně, ať už se jedná o jeho náboženské povinnosti nebo každodenní počínání.

Islámské právo není právem jednotným, v důsledku rozdělení muslimské náboženské obce na dva hlavní proudy – sunnity a ší‘ity, dochází i k odlišnostem v právu. V 7. - 11. století n.l. vznikla řada právních škol (madáhib), z nichž se zachovala jen část. V případě sunnitů se jedná o hanafitský, málikovský, šáfiovský a hanbalovský madhab, u ší‘itů je možné zmínit školu džafarskou, ibadidskou, imamitů, ismailitů a kejsanidů.⁴ Jednotlivé školy se sice v základních přístupech neliší, přesto je možné najít mezi nimi řadu rozdílů. Ty se týkají např. toho, co se uznává za pramen práva, či jak je pramen práva vůbec pojímán; rozdíly nalézáme i v „hmotném“ právu, a to hlavně v oblasti práva rodinného a dědického. Je zřejmé, že neexistuje jen jedno celistvé islámské právo.

2. Prameny islámského práva

Následující členění pramenů islámského práva by mohlo vyvolat mylnou představu, že existuje jejich numerus clausus. To však není pravda. Islámské právo nemá taxativní výčet svých pramenů.⁵ U některých učenců je možné zaznamenat přes 40 různých pramenů práva,

¹ Kouřilová, I., Mendel, M. Cesta k prameni. Fatwy islámských učenců k otázkám všedního dne, Praha: Orientální ústav Akademie věd České republiky, 2003, str. 21

² Ramadan, S. Das islamische Recht. Theorie und Praxis. 2. vydání. Marburg: Muslim Studenten Vereinigung in Deutschland e.V., 1996, str. 25

³ Kouřilová, I., Mendel, M. Cesta k prameni. Fatwy islámských učenců k otázkám všedního dne, Praha: Orientální ústav Akademie věd České republiky, 2003, str. 11

⁴ Hruškovič, I. Islámský právní systém a proces jeho formovania, Bratislava: Vydavateľské oddelenie právnickej fakulty UK, 1997, str. 30-31

⁵ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 2

jiní jich udávají jen 15. Shoda většiny učenců panuje v existenci 4 pramenů práva.⁶ Zpravidla se uvádí následující rozdělení pramenů práva, které však není všeobecně platné nebo závazné:

Hlavní (primární) prameny:

1. Korán,
2. Sunna (výroky a zvyklosti, které Muhammad řekl, vytvořil či potvrdil),
3. ʿidžmá (souhlasný názor autorit),
4. qijás (zpravidla chápáno jako rozhodnutí na základě analogie).

Doplňující (sekundární) prameny:

1. al – istihsán (odchýlení se od jednoho pravidla ve prospěch jiného pravidla, přičemž odchýlení se jeví nezbytným),
2. al –istisláh (rozhodnutí na základě veřejného zájmu),
3. al - ʿurf – (zvyk a obyčej).⁷

3. Primární prameny

3.1. Korán

Korán (qurʿán) je posvátná kniha muslimů a těší se náležitě úctě. Dle dogmatiky byl Korán seslán Muhammadovi v průběhu 23 let v nespočetně zjeveních. Sepsán byl však teprve 20 let po jeho smrti. Dnes je závazná tzv. ʿuthmánská redakce nazvaná dle 3. chalífy, který Korán nechal sepsat⁸ (některými orientalisty je nazývána Vulgátou). Jedná se o text ve formě básně plné vzletných slov, který je členěn do nestejně dlouhých 114 kapitol zvaných súra (pl. suwar).

Korán není pro muslima v první řadě kodifikací práva, ale slovem Božím, jež ukazuje muslimovi správnou cestu životem. Korán nelze vnímat jako text čistě právní povahy. Obsahuje verše mající politickou, sociální, morální a náboženskou povahu a pak řadu veršů

⁶ tamtéž, str. 3

⁷ Ramadan, S. Das islamische Recht. Theorie und Praxis. 2. vydání. Marburg: Muslim Studenten Vereinigung in Deutschland e.V., 1996, str. 33

⁸ tamtéž, str. 21

právní povahy (fiqh al-qur'án).⁹ Veršů právní povahy je zhruba 80, někteří autoři jich uvádějí jen 60,¹⁰ jiní naopak mnohem víc.¹¹ Týkají se především práva personálního statusu – al ahwal aš-šachsíja (rodinné, dědické právo a „obecná část“ občanského práva). Dále je možné nalézt verše týkající se práva trestního, obchodního či mezinárodního (25 veršů), skromnější jsou případy veršů týkajících se práva správního, ústavního (10 veršů) či finančního (11 veršů). Jednotlivé verše nejsou seřazeny systematicky, ale nahodile dle toho, jak vyvstala konkrétní potřeba řešit určitý sporný případ. Je zřejmé, že ne vše je v Koránu upraveno, a proto je to upravováno až dnes různou formou. Ale to již není islámské právo, ale jde právo dané islámské země. Korán neobsahuje v řadě případů konkrétní řešení právního problému, ale jen vodítka. Nalezneme v něm obecné principy, na jejichž základě (a rovněž za pomoci obecných zásad obsažených v sunně) je možné problémy řešit.¹² Korán sám říká: „A nezanedbali jsme v Písmu ničeho.“ (6:38).

Pro neznalého čtenáře skýtá Korán řadu úskalí. Je to text (cca 500 stran), který je pro laika bez jakéhokoliv výkladu nesrozumitelný. Proto i český překlad opatřil I. Hrbek komentářem, který odpovídá zhruba 1/3 rozsahu samotného Koránu. Přitom jde o výklad velmi stručný! Nejedná se o komentář v našem slova smyslu, ale spíše o osvětlení překladu některých slov, která jsou často mnohoznačná. Důležité přitom je, že text je závazný v arabském jazyce; překladem ztrácí Korán status svaté knihy, stává se z něj interpretace, která představuje pouze jednu z mnoha možných významových variant. Příležitostně se lze setkat s názorem, že i překlad Koránu je Koránem s odvoláním na praxi Abú Hanífy, jehož recitace Koránu v perštině během modlitby byla uznána.¹³

Úskalím Koránu je nejen jeho překlad, ale i sám jazyk, ve kterém je napsán. V době života Muhammada se v Arábii hovořilo mnoha dialekty, jež se od sebe lišily především ve výslovnosti. S největší pravděpodobností je Korán psán básnickou arabštinou, přizpůsobenou

⁹ lze se setkat i s členěním koránských veršů na tři „typy ustanovení“ (anwá' al-ahkám): První jsou dogmatického charakteru (i' tiqádiyya), druhé etické povahy (ahláqiyya) a třetí jsou právní povahy (ahkám ' amaliyya), jež se vztahují jak na vztahy mezi lidmi navzájem (mu' ámalát), tak i k Bohu ('ibádát).

¹⁰ Kouřilová, I., Mendel, M. Cesta k prameni. Fatwy islámských učenců k otázkám všedního dne, Praha: Orientální ústav Akademie věd České republiky, 2003, str. 15

¹¹ srovnej viz Ramadan, S. Das islamische Recht. Theorie und Praxis. 2. vydání. Marburg: Muslim Studenten Vereinigung in Deutschland e.V., 1996, str. 44

pro úplný přehled kolik veršů je přiřazováno k jakému právnímu odvětví srovnej viz: Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 113 - 114

¹² tamtéž, str. 33 - 34

¹³ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 93 - 94

dialektu obyvatel Mekky.¹⁴ Většina slov Koránu je arabského původu, ale nalezneme tam i výpůjčky z jiných jazyků, zejména ze semitských, ale i z perštiny, řečtiny a jiných.¹⁵ Pro vyjádření nových myšlenek, pro která nenalezl Muhammad v arabštině slova, měnil či modifikoval¹⁶ význam běžných arabských slov nebo odvozenin.¹⁷ Korán podle posledních vědeckých studií obsahuje na 270 slov, která je možné považovat za výpůjčky, avšak jen o sedmdesáti lze říci, že je zavedl sám Prorok. Muhammad nezůstal jen u výpůjček a sám tvořil nová slova pro zvýšení účinku verše na posluchače, „čímž způsobil pozdějším komentátorům mnohé bolení hlavy při pokusech racionálně je vysvětlit.“¹⁸

3.2. Sunna

Sunna má především výkladovou funkci a v tomto smyslu je dělena na sunnu potvrzující (sunna taqrírija), sunnu vysvětlující (sunna tafsírija) a sunnu doplňující (sunna takmílíja) – v těchto případech se však nejedná o samostatný pramen práva. Sunna je pramenem práva toliko v případě, kdy se z ní odvozuje v Koránu nestanovená povinnost.¹⁹ Sunna v překladu znamená tradici, zvyklost. Představuje obvyklý způsob jednání v době Prorokově a v době jeho následovníků – čtyř pravověrných chalífů. Pojem „sunna“ byl Prorokem používán jako termín pro vše, co používal, řekl, udělal či schválil.²⁰ Sunna představuje spolu s Koránem „věčný pramen a pevnou osu zákonodárného myšlení v islámu“;²¹ tyto dva prameny tvoří usúl al-usúl, tzv. „kořeny kořenů“. Korán a sunnu nelze směšovat. V případě právního problému se jeho řešení hledá v první řadě v Koránu a teprve pak v sunně. Ustanovení Koránu, jež jsou v rozporu se sunnou mají přednost.²²

¹⁴ Korán. Odeon, vydání celkem 6., v tomto překladu a v Odeonu 2. Vydání. Praha: 1991, str. 52 – 53; Der Koran. Uebersetzt und kommentiert von Abdel Theodor Houry, str. 52

¹⁵ většina muslimských právních expertů však toto odmítá a tvrdí, že v Koránu nejsou žádné výrazy nearabského původu a pro podporu svého názoru uvádí sůry 26:195, 41:3, 41:44, 43:3 a další, jež Korán označují za arabsky psanou knihu, arabský Korán, jež je srozumitelný co do své řeči.

¹⁶ ímán zamenající v Koránu vždy „víru“ je odvozeno od slovesa, které znamená „být, cítit se bezpečným, jistým před nebečím. Núr, které znamená světlo nabývá významu „náboženství“. Sloveso zaká znamená růsti, vzkvétat, dobře se dařit, v Koránu se však význam zakká posouvá významově na „očist'ovat se pomocí almužny, být čestný a spravedlivý“ atd.

¹⁷ Korán. Odeon, vydání celkem 6., v tomto překladu a v Odeonu 2. Vydání. Praha: 1991, str. 54

¹⁸ tamtéž, str. 55

¹⁹ Pelikán, P. Sunna. Pramen islámského práva. Praha: PF UK a Nakladatelství Vodnář, 1997, str. 86 - 87

²⁰ Ramadan, S. Das islamische Recht. Theorie und Praxis. 2. vydání. Marburg: Muslim Studenten Vereinigung in Deutschland e.V., 1996, str. 45

²¹ Al-Nabhán, M. F. Madhal lil-tašríc al-islámí. Kuwait: Wakálat al-Matbú'at, 1997, str. 74 citováno dle: Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 19

²² Kamali, M. H. Principles of Islamic Jurisprudence. Cambridge: Islamic Texts Society, 1991, str. 59

Lze se setkat i s dělením na sunnu právní a neprávní. Neprávní sunna obsahuje zprávy týkající se Muhammadova každodenního života (např. že jedl pravou rukou apod.). Tato sunna není pramenem šari'í.²³ Právní sunna představuje hodnověrné zprávy o chování či slovech Muhammada, jež je hodné následování.

Autorita sunny je odvozována z Koránu, jehož verše označují Muhammadovo chování za hodné následování – např.: „A věru máte nyní v Poslu Božím příklad překrásný pro každého, kdo doufá v Boha a v den poslední a kdo Boha hojně vzpomíná.“ (33:21). Jiný verš dává Prorokovi oprávnění zakazovat nějakou činnost: „To, co vám dá Posel, to si vezměte! Ale toho, co vám odepřel, toho se zdržujte!“ (59:7).

Stejně jako Korán ani sunna nebyla sepsána za života Muhammada, ale až mnoho let po jeho smrti. Sám Prorok totiž zakázal jakékoliv zaznamenávání zvyklostí či výroků, aby se vyhnul možné záměně s textem Koránu. Chtěl dodržet důsledné oddělení Koránu, jako slova Božího, a sunny, lidského vysvětlení Koránu Muhammadem.²⁴ Zatímco jednotný text Koránu existuje, u sunny tomu tak není. Vzhledem k panující obavě se záměnou s Koránem a „přlišnému upínání se“ k sunně na úkor Koránu nebyla zprvu ani po smrti Muhammada sepsána do jediné sbírky. První chalífa Abú Bakr stanovil „pravidla pro šíření tradic, která měla zamezit šíření nepravých hadíthů a zastrašit ty, jež často předávali hadíthy.“²⁵ Těchto pravidel se drželi i další chalífové. První století hidžry uplynulo aniž by muslimové sestavili sbírku hadíthů, o níž by se mohli později opřít. Důsledkem bránění snah šířit či dokonce sepsat sunnu je nejen neexistence universální sbírky zvyklostí, ale i vznik vědy o hadíthech (ʿilm al-hadíth).

Bližší osvětlení si zaslouží výše zmíněný pojem hadíth. Jedná se o nositele sunny.²⁶ Sunna představuje právo, které je z hadíthů odvozeno. Hadíthem rozumíme zachycení hovorů, zpráv o činech či výrocih Proroka, nebo o jednáních, která Prorok následně mlčky schválil.²⁷ Hadíthy jsou shromažďovány ve sbírkách. Za nejznámější a nejspolehlivější jsou považovány Buchářího a Muslimova sbírka. Tyto velmi obsáhlé sbírky (2600 – 3000 hadíthů) obsahují soubor údajně správných a pravdivých hadíthů a jsou označovány za hodnověrné. Ši'ca ani

²³ tamtéž, str. 51

²⁴ Ramadan, S. Das islamische Recht. Theorie und Praxis. 2. vydání. Marburg: Muslim Studenten Vereinigung in Deutschland e.V., 1996, str. 45

²⁵ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 37

²⁶ Kamali, M. H. Principles of Islamic Jurisprudence. Cambridge: Islamic Texts Society, 1991, str. 47

²⁷ Kropáček, L. Duchovní cesty islámu. 2. Vydání. Praha: Vyšehrad, 1998, str. 47 - 48

jednu z těchto sbírek neuznává; uznávají jen ta podání, jež se opírají o autoritu [°]Alího či jeho potomků a stoupců. Velkou váhu má sbírka údajných výroků [°]Alího a jejich vlastní čtyři soubory tradic.²⁸

Hadíthy, které jsou vlastně popisem určitého závazného chování, byly podrobeny zkoumání právníků. Zjišťovalo se, zda jsou autentické. Teprve poté byly hadíthy zařazeny do sbírek. Aby byl hadíth uznán za pravdivý a platný, musel splňovat určité náležitosti: spolehlivě doložitelný řetěz tradentů (osob, jež si zprávu předaly) a potvrzení znění hadíthu od posledního bezúhonného tradenta; toto tvoří první část hadíthu. Druhou částí je sám výrok nebo čin Proroka.²⁹

3.3. Idžmá[°]

Výraz idžmá[°] je odvozen od slovesa adžma[°]a (rozhodnout, shodnout se na něčem).³⁰ Idžmá[°] je jedním z druhů idžtihádu, neboť ten je buď individuální (to je qijás), nebo kolektivní, a pak se jedná o idžmá[°].³¹ Jedná se o jednomyslnou, nikoli pouze většinovou shodu (konsensus) učenců společnosti (ummy).³² I když se často mluví o konsensu ummy, nejsou tím myšleni samozřejmě děti, choromyslní a laici, učenci bez kompetence k idžtihádu (tzn. vědci neprávnicki), nemuslimové a heretici.³³ Výše zmíněná shoda se týká případů, které nebyly řešeny ani Koránem, ani sunnou a k jejichž konsensu došlo po smrti Proroka Muhammada.³⁴

Proces vzniku konsenzu začíná individuálním idžtihádem kvalifikovaného učence (právníka), jehož výsledek je postupně přijímán za správný, až se postupně stává všeobecně akceptovatelným pro celou generaci učenců. Shoda s výsledkem idžtihádu musí být vyjádřena konkludentně, nikoliv mlčky.³⁵ Převažující názor nepřipouští platnost idžmá[°] vzniklého mlčky (výjimka: hanafitský a hanbalovský madhab) a považuje výsledek za garantovanou

²⁸ Pelikán, P. Sunna. Pramen islámského práva. Praha: PF UK a Nakladatelství Vodnář, 1997, str. 85

²⁹ Hruškovič, I. Islámský právní systém a proces jeho formovania, Bratislava: Vydavateľské oddelenie právnickej fakulty UK, 1997, str. 28

³⁰ Kamali, M. H. Principles of Islamic Jurisprudence. Cambridge: Islamic Texts Society, 1991, str. 169

³¹ Badrán, A.B. Usúl al-fiqh. Alexandria: Dár al-Ma[°]arif, 1965, str. 200 citováno dle: Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 183

³² Goldzieher, I. An Introduction to Islamic Theology and Law. Princeton: Princeton University Press, 1981, str. 50

³³ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 198

³⁴ Kamali, M. H. Principles of Islamic Jurisprudence. Cambridge: Islamic Texts Society, 1991, str. 169

³⁵ tamtéž, str. 172

pravděpodobnost, kterou je možné ještě změnit.³⁶ Během vytváření konsensu probíhá diskuse a do doby, než dojde ke všeobecné akceptaci, je tolerován odlišný názor. Později se stává pravidlo vzniklé na základě konsensu pramenem práva a odkazuje se přímo na něj.³⁷ Při vzniku konsensu se na začátku stojící presumpce mění v definitivní řešení či názor a stává se právně závazným.³⁸ Existuje-li tedy definitivní (jasný) text, není idžtihád možný.

Mezi učenci nepanuje jednota v tom, mezi kým by jednomyslnost měla být. Šícíté zcela odmítají idžmá^c pro současníky a dovolují ho jen členům Prorokovy rodiny a platnost idžmá^c vážou na souhlasný názor imáma (míněn je vůdce ší^cy z Prorokovy rodiny a jejich potomků).³⁹ Málik je pro jednomyslnost mezi obyvateli Mediny, jelikož právě oni byli svědky činů Muhammada. Šáfí^cí oponuje ve svém díle Al-Risalah tomu, že by kdy jiný konsensus existoval než ten, který souvisí se základy náboženství, jež jsou předávány z generace na generaci a jejichž platnost se zakládá na autentických textech. Ibn Hanbal je toho názoru, že „se nejedná o nic jiného než o lež, když se domníváme, že bylo dosaženo jednomyslnosti. V nejlepším případě je možno tvrdit, že nám není o nejednotnosti nic známo“⁴⁰ a připouští konsensus jen mezi druhy Prorokovy.⁴¹ Proč je tedy konsensus brán jako pramen práva, když se učenci neshodnou ani na jeho existenci? Proč je později rozvíjena celá koncepce idžmá^c? Idžmá^c slouží „jen a pouze k zachování národní jednotnosti a jako ochrana proti odchýlení se jednotlivce; v tomto případě měl idžmá^c podle svatých textů⁴² právní závaznost.“⁴³ Z některých veršů Koránu lze dovodit oprávněnost k používání idžmá^c; např. verš 4:95 přikazuje poslouchat posla a autoritu. Podpůrnou roli zde má verš, jež ummě dává pravomoc přikazovat vhodné a zakazovat zavrženíhodné (3:110). Za základ idžmá^c jsou považovány též dva výroky Proroka a to: “Umma se nikdy neshodne na omylu” a “to, co považují muslimové za spravedlivé, je i v očích Alláha spravedlivé.”⁴⁴

³⁶ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 200

³⁷ Kamali, M. H. Principles of Islamic Jurisprudence. Cambridge: Islamic Texts Society, 1991, str. 171-172

³⁸ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 183

³⁹ tamtéž, str. 186

⁴⁰ Ramadan, S. Das islamische Recht. Theorie und Praxis. 2. vydání. Marburg: Muslim Studenten Vereinigung in Deutschland e.V., 1996, str. 102

⁴¹ Kamali, M. H. Principles of Islamic Jurisprudence. Cambridge: Islamic Texts Society, 1991, str. 183

⁴² oním textem je myšlen Korán, konkrétně verš 4:115: “A kdo odpadne od posla poté, co mu bylo jasně ukázáno správné vedení, a sleduje pak cestu jinou než věřící, k tomu se obrátíme zády, tak jako on se obrátil, a necháme jej hořet v pekle – a jak husný je to cíl konečný!”

⁴³ Abu Zarah. Abu Hanifa (v arabštině), str. 323 citováno dle: Ramadan, S. Das islamische Recht. Theorie und Praxis. 2. vydání. Marburg: Muslim Studenten Vereinigung in Deutschland e.V., 1996, str. 103

⁴⁴ Hruškovič, I. Islámský právny systém a proces jeho formovania, Bratislava: Vydavateľské oddelenie právnickej fakulty UK, 1997, str. 29

V současné době se diskutuje, zda by, vzhledem k moderní technice dovolující kontakt učenců a vzhledem k častým disputacím na kongresech, nebylo možné, tento tak pro ummu typický pramen práva „oživit“ a řešit jím nově vyvstalé problémy moderní doby. Je možné se setkat i s návrhy, aby si každý islámský stát sám v rámci vnitrostátních norem práva upravil podmínky pro konsensus.⁴⁵

3.4. Qijás

Pojem qijás je možné přeložit jako „měřítko, měření, ověřování, vzor“; zpravidla bývá nepřesně překládán jako analogie či závěr učiněný na základě analogie. V obecném slova smyslu je tím míněno srovnávání dvou věcí co do podobnosti a rovnosti, kdy jedna představuje kritérium pro tu druhou.⁴⁶ Definice qijásu jsou různorodé, ale přesto obsahují stejné jádro – přenesení a navázání svatého textu, nebo skrze idžmá^c přijatého rozhodnutí na neřešený případ, který vykazuje odlišnosti, ale je zároveň podobný tomu původnímu.⁴⁷ Qijásem je možné překonat mezery v právní úpravě, není-li řešení obsaženo v Koránu, sunně, ani idžmá^c. Je otázkou, zda-li je možné qijásem překlenout nedostatek právní úpravy a vyřešit právní problém na poli práva náboženských povinností a trestního práva. Obecně vzato qijás je dovolen v případě použití dílčích ustanovení a ne na základy islámského práva.⁴⁸

Opodstatnění použití qijásu je zdůvodňováno veršem Koránu 3:190: „Věru v nebes a země a v střídání nocí a dne je znamením pro lidi rozumem nadaných...“ a hadíthem, jež dával odpověď na otázku Mu^c ádovu bin Džabal, podle čeho má v Jemenu jako soudce soudit. Prorok stanovil, že se má nejprve obrátit na Korán, pak sunnu a když nenajde odpověď tam, má si utvořit vlastní názor. Tím bylo i používání qijásu implicitně schváleno.

⁴⁵ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 192

⁴⁶ Kamali, M. H. Principles of Islamic Jurisprudence. Cambridge: Islamic Texts Society, 1991, str. 197

⁴⁷ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 204

⁴⁸ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 215

Výsledkem qijásu není nové právo, stávající právní normy se „jen“ rozvíjejí a „objevují“. Qijás je aplikací pravidla (hukm),⁴⁹ jež se vztahuje k původnímu případu (asl⁵⁰ – pravidlo obsažené v Koránu, sunně nebo idžmá^c) na případ nový (far^c, popř. maqís), o němž jiné prameny práva mlčí. Nutná je existence posouzení, hodnocení výchozího pravidla (hukm al-asl), kdy např. důvod zákazu pití alkoholu musí být jasný a racionálně pochopitelný. Nesmí se jednat o ustanovení speciální povahy, kdy adresátem normy by byla jen určitá osoba (např. Muhammad a povolení oženit se s 9 ženami, aniž by zaplatil věno). Toto pravidlo není možné použít jako asl.⁵¹ Požadavkem pro použití qijásu je, aby ratio legis (‘illa) bylo společné jak původnímu, tak novému příkladu. ‘Illa by měla být evidentní, zjevná, ověřitelná a nesmí jít proti obsahu normy, na níž se váže.⁵² Je zde však i požadavek přiměřenosti a její „přenositelnost“ na další případy.

Za pilíře qijásu je možné označit: původní případ (asl), posouzení výchozího pravidla (hukm al-asl), právní důvod (‘illa) a nový, cílový případ (far^c, popř. maqís).⁵³ K zákazu požívání drog lze dojít na základě výše uvedeného následující dedukcí: v Koránu je zakázáno pít alkohol (šurb al-chamr), toto pravidlo představuje asl (zákaz pití vína) -> far^c (užívání drog) -> ‘illa (intoxikace) -> hukm (zákaz).⁵⁴

4. Sekundární prameny práva

4.1. Al – Istihván

Al – istihván představuje odchýlení se od pravidla ve prospěch jiného pravidla, které se za určitých podmínek ukazuje za nezbytné a lépe vyhovující ideálu spravedlnosti a přiměřenosti. Slovo al – istihván má tyto doslovné významy: schválit, považovat něco za vhodnější⁵⁵ či

⁴⁹ tímto termínem rozumíme pravidlo (příkaz či zákaz) daný Koránem, sunnou či idžmá^c. Pravidlo musí být konkrétní povahy (ne obecná zásada), nezrušené, racionální a jasné (nevedou se spory o platnosti či obsahu normy)

⁵⁰ asl je pojem, jímž se rozumí pramen pravidla, či případ řešený tou normou, ale i samotný obsah pravidla, resp. podstata případu.

⁵¹ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 219

⁵² Kamali, M. H. Principles of Islamic Jurisprudence. Cambridge: Islamic Texts Society, 1991, str. 213

⁵³ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 214 - 223

⁵⁴ Kamali, M. H. Principles of Islamic Jurisprudence. Cambridge: Islamic Texts Society, 1991, str. 200

⁵⁵ tamtéž, str. 246

vhodné, zdání se dobrého.⁵⁶ Někdy je tento pojem zaměňován se svobodným názorem či idžtihádem.⁵⁷ Mezi právníky nepanuje shoda ani na definici ani na tom, zda je istihsán pramenem práva.

Hanafitská právní škola ho vnímá jako odvolávání se na skrytou analogii představující zároveň protiváhu a doplněk ke qijásu.⁵⁸ Tato škola je známá pro časté používání istihsánu jako právního argumentu a ve svých právních kompendiích se jím, stejně jako qijásem zabývá. Abú Hanífa bývá označován dokonce za zakladatele doktríny istihsánu. Hanafité se odvolávají na verš 39:18 označující ty, kteří následují to nejlepší, nejkrásnější, za muslimy jdoucí po správné cestě, a dále se opírají o verš 39:55 nabádající k následování toho nejlepšího, co bylo sesláno dříve, než je stihne trest znenadání. I Hanbalovci jsou pro používání tohoto pramene práva, i když jej spíše řadí pod qijás, maslaha mursala či istihsáb. Málík sám jej vnímá jako upřednostnění rozhodnutí podle dílčích, detailních zájmů před rozhodnutím podle qijásu.

I když není možné najít jednu společnou definici istihsánu, jádrem definic zůstává chápání istihsánu jako upřednostnění výjimky či ustanovení vztahujícího se na dílčí otázku před obecnou normou, které se ale zároveň musí odvolávat na nějaký odkaz z šari'í. Podle jiných definic se však jedná o upřednostnění jedné, „silnější analogie co do váhy“ před jinou.⁵⁹

Istihsán bývá odmítán pro odklon od pramenů práva šari'í. Někteří namítají zbytečnost definovat jej jako samostatný pramen pro jeho velkou podobnost s qijásem a chápou ho jako jeho druh. Odpůrci istihsánu jsou Šáfiovci, Zahirité, Mu' tazillité a ší'ité. Nejsilněji proti používání tohoto pramene vystupuje al - Šáfí'í a srovnává používání istihsánu se zaváděním zákonů. Al - Šáfí'í uvádí několik důvodů pro odmítnutí jeho používání: mnoho veršů Koránu nabádá k poslušnosti před Bohem, istihsán by mohl vést k závěru, že šari'á nezná řešení pro každý případ, istihsán je nekontrolovatelný a mohl by vézt k rozšíření rozepří, dále neobsahuje kontrolní mechanismy k oddělení správného od nicotného a představuje tak

⁵⁶ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 313

⁵⁷ Schacht, J. Introduction to Islamic Law. Oxford: Clarendon Press, 1964, str. 37

⁵⁸ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 314, 320

⁵⁹ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 315

potencionální cestu k chaosu atd.⁶⁰ Otázkou je, do jaké míry se na této právní rozepři mezi Šáfiovci a Hanbalovci podepsala rivalita a příslušnost k právní škole. Spor, který se zdá být zásadním, je však do jisté míry formálním a sporem spíše terminologickým než sporem nad skutečnou aplikací istihsánu. Odmítá-li al - Šáfi'í istihsán, odmítá svévolné, libovolné vybrání „vhodnějšího“, ale proti samotnému istihsánu v zásadě nic nemá a sám jej používá.⁶¹

4.2. Al – Istisláh (Maslaha)

Maslaha (pl. masálih) bývá překládána jako veřejný zájem či veřejné blaho. Často jsou tím míněny hodnoty, jež jsou ummě vlastní a hodné ochrany. Mezi znalci práva je všeobecně uznávaným názorem, že šari'ca je založena na zájmech společenství a slouží k realizaci dobrého žití muslimům. Maslahu šari'ca přesně nedefinuje a je tak otevřen prostor pro podřazování různých zájmů pod tento pojem. Zpravidla se za tyto hodnoty považuje především náboženství, život, rozum, rodina – chápaná v širším měřítku jako rod a majetek.⁶² Existuje několik druhů maslahy rozdělených podle stupně veřejného zájmu či podkladu v pramenu práva. Základní maslahou v rámci dělení dle stupně veřejného zájmu je zájem nutný, kam jsou řazeny hodnoty, na nichž závisí lidský život, a bez nichž by umma propadla chaosu – sem patří již zmíněné náboženství, život, rozum, rodina (rod) a majetek představující tzv. pět základních hodnot islámu. Za potřebnou, popř. doplňkovou maslahu (hádžiját), je považována ta hodnota, jejíž nedodržování by vedlo k přílišně tvrdým a těžkým podmínkám života. Poslední skupina masálih se nazývá tahsíniját (příkrasy) a představuje zájmy společnosti na dosahování a zlepšování žádoucího způsobu života.⁶³

Lze se setkat i s jiným dělením maslahy podle uznání zájmů samotnou šari'cou. Rozlišují se tři druhy užitku: ty, které sám zákonodárce uznal, ty, které označil za neplatné, a uvážení vycházející z nutnosti, k nimž mlčel.⁶⁴ Masálih výslovně zmíněné v Koránu jsou ty, jimiž lze argumentovat; tyto je možné použít jako podklad pro qijás.

Používání maslahy není možné bez splnění několika podmínek. Pozitiva maslahy musí převažovat nad jejími negativy, musí být tzv. „ryzí“ a „opravdová“, nebýt v rozporu

⁶⁰ tamtéž, str. 319

⁶¹ tamtéž, str. 323 - 324

⁶² Kamali, M. H. Principles of Islamic Jurisprudence. Cambridge: Islamic Texts Society, 1991, str. 267

⁶³ tamtéž, str. 271 - 273

⁶⁴ Krawietz, B. Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 227

s ochranou pěti základních hodnot islámu, ani s principem a hodnotami danými a definovanými Koránem, sunnou a ^ʿidžmá. Díky masálih je možné pružně reagovat na nové situace a řešit je v souladu s právem a jeho cílem. Dalo by se říci, že vzdáleně plní funkci našich obecných principů.

4.3. Al - ^ʿurf

Al - ^ʿurf je překládán jako zvykové právo, zvyk, obyčej a pochází od slova ^ʿarafa (znát). V Koránu se vyskytuje ještě více než pojem ^ʿurf jeho odvozenina mar^ʿúf jako opak k věcem cizím či špatným. V právním slova smyslu je ^ʿurf to, na co se lidé mohou spolehnout, tj. co znají a čím se řídí.⁶⁵ Jedná se o chování lidí a jednání, na než si lidé zvykli a stalo se akceptovatelným. Nemusí se nutně jednat o zvyklost z doby předislámské, ale i z doby pozdější. Mezi právníky nepanuje shoda, zda je možné chápat ^ʿurf i ve smyslu zvyku, obyčeje (áda). Přestože se běžně používají jako synonyma, je mezi nimi častěji spatřován rozdíl. Právníci pojmu ^ʿurf užívají pouze v případě hodně rozšířené zvyklosti.

^ʿUrf by měl mít několik atributů – být rozumný, přijatelný, racionální a být v souladu s šari^ʿou. Zvyklost, jež není v souladu s právem, není ^ʿurfem, ale škodlivým, špatným zvykem. Pro platnost ^ʿurfu se vyžaduje, aby se jednalo o praxi obecně rozšířenou, neomezenou na malý okruh lidí. Z časového hlediska se musí jednat o zvyk trvajícím a nepřerušovaný jinou praxí. Třetí podmínkou pro platnost je neexistence shody na opačném zvyku. Zvyk vztahující se k právnímu úkonu musí existovat již v době činění právního úkonu, pak se právní úkon vykládá v souladu s tímto zvykem.⁶⁶ Přednost před zvykem má dohoda, ujednání stran a zvyk se použije pouze podpůrně. ^ʿUrf musí být, stejně jako je tomu u jiných sekundárních pramenů, v souladu s těmi primárními. V případě že není, nemá právní váhu. Pokud je jen jeho část v rozporu s primárními prameny, pak ta část je neplatná a zbytek je ponechán v platnosti.⁶⁷

Zpravidla je ^ʿurf rozdělen do tří skupin dle možného kritéria rozlišení a to na zvyklosti jazykové a v jednání, do druhé skupiny je řazen ^ʿurf co do rozsahu obecný a omezený a ve třetí je rozlišen správný a špatný zvyk (právně irelevantní).

⁶⁵ tamtéž, str. 292

⁶⁶ tamtéž, str. 302

⁶⁷ Kamali, M. H. Principles of Islamic Jurisprudence. Cambridge: Islamic Texts Society, 1991, str. 286 - 288

Ne každý zvyk je *ʿurfem*. Požadavek souladnosti se šariʿou je nezpochybnitelný a představuje třetí možné kritérium pro dělení zvyklostí. Zvyklost špatná, opovrhující hodnotami společnosti (*ʿurf fásid*), nesouladná s právem, není pramenem práva a právník se na ní nemůže odvolávat. Takovou zvyklostí je pití vína, loterie atd. Ani praxe uzavírání smluv s úroky a lichvou nemají vliv na uznání těchto smluv jako dovoleného typu smlouvy.

Opakem *ʿurf fásid* je *ʿurf sahíh*, zvyk korektní, správný, s právem v souladu, a tudíž právně relevantní. Jedná se o takový zvyk, který nejen právnímu ustanovení šariʿi neodporuje, ani dovolené nezakazuje a nedovolené nepovoluje.⁶⁸ Zároveň nesmí kolidovat s uznanými nábožensko-právními zájmy a se základními principy islámského práva. Korektní zvyky mohou v současné době pomoci překlenout některé problémy s adaptací na moderní dobu, stejně jako *maslahah*. Podmínky pro platnost a závaznost *ʿurfu* nedovolí jít proti základům a principům islámského práva. Posuny tak mohou být jen v rámci dovoleného prostoru. Trefně vyjádřeno: „Mění se jen větve, ne kořeny.“⁶⁹

5. Závěr

Tento článek si kladl za cíl seznámit čtenáře s prameny islámského práva a osvětlit jim tuto problematiku. Vzhledem k rozsahu článku není možné obsírně pojednat o všem, co se tohoto tématu týká. Omezila jsem se jen na to, co je podstatné. Ve zbytku mohu odkázat na příslušnou zahraniční literaturu. Zároveň jsem se pokusila vyvrátit některé zažité představy o islámském právu a ukázat, že vše není tak jednoduché, jak by se kontinentálnímu právníkovi mohlo na první pohled zdát.

⁶⁸ Salqíní, I.M. *Mujassar fí úsul al-fiqh al-islámí*, Beirut: Dár al-Fikr al-Muásir, 1991, str. 165 citováno dle: Krawietz, B. *Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam*. Berlin: Duncker und Humblot, 2002, str. 300

⁶⁹ tamtéž, str. 313

Literatura

- [1] *Der Koran*. Uebersetzt und kommentiert von Abdel Theodor Khoury. 1. Auflage. Gütersloh : Gütersloh Verlagshaus, 2007
- [2] Goldzieher, I. *Introduction to Islamic Theology and Law*, Princeton: Princeton University Press, 1981
- [3] Hruškovič, I. *Islámský právny systém a proces jeho formovania*, Bratislava: Vydavateľské oddelenie právnickej fakulty UK, 1997
- [4] Kamali, M. H. *Principles of Islamic Jurisprudence*, Cambridge: Islamic Texts Society, 1991
- [5] *Korán*, 6. vydání (v tomto překladu a v Odeonu 2). Praha : Odeon, 1991
- [6] Kouřilová, I., Mendel, M. *Cesta k prameni. Fatwy islámských učenců k otázkám všedního dne*, Praha: Orientální ústav Akademie věd České republiky, 2003
- [7] Krawietz, B. *Hierarchie der Rechtsquellen im tradierten sunnitischen Islam*, Berlin: Duncker und Humblot, 2002
- [8] Kropáček, L. *Duchovní cesty islámu*, 2. vydání. Praha : Vyšehrad, 1998
- [9] Pelikán, P. *Sunna. Pramen islámského práva*, Praha: PF UK a Nakladatelství Vodnář, 1997
- [10] Ramadan, S. *Das islamische Recht. Theorie und Praxis*. 2. Auflage. Marburg: Muslim Studenten Vereinigung in Deutschland e.V., 1996
- [11] Schacht, J. *An Introduction to Islamic Law*, Oxford: Clarendon Press, 1964

Kontaktní údaje na autora – email:

lenka.bezouskova@googlemail.com